

Regulación legal de la denominada *familia ensamblada**

*Beatriz Ramos Cabanellas***

RESUMEN. La familia ha experimentado cambios en sus patrones de constitución, modificación y disolución. La realidad demuestra que en la actualidad ha aumentado notoriamente el número de las denominadas *familias ensambladas*, que son aquellas originadas en el matrimonio o unión concubinaria de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa. En el presente artículo analizaremos algunos institutos del derecho civil con la finalidad de verificar si el ordenamiento legal uruguayo brinda instrumentos adecuados a los integrantes de esta particular estructura familiar.

ABSTRACT. The family has experienced changes in its constitution, modification and dissolution patterns. Reality shows that there has been a significant increase in the number of *blended families*, which are those based either on marriage or concubinage and whose members have children from previous relationships. This article deals with some institutions of Civil Law so as to determine whether the Uruguayan legal system provides the members of this special family structure with the necessary tools.

PALABRAS CLAVE. Derecho de familia / familia ensamblada / derecho civil / obligación alimentaria.

KEY WORDS. Family law; blended family; civil law; alimony.

* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 5 de mayo de 2006. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 24 de agosto de 2006, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

** Profesora Adjunta (grado 3) de Derecho Privado VI de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesora de Derecho de Familia, Sociedad Conyugal y Sucesiones de la Facultad Derecho de la Universidad Católica.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Concepto. 3. Parentesco. 4. Impedimentos para contraer matrimonio. 4.1. Parentesco en línea recta por consanguinidad o afinidad, sea legítimo o natural. 4.2. Parentesco en línea colateral por consanguinidad legítimo o natural. 4.3. Parentesco entre los hijos. 5. Obligación alimentaria. 5.1. Alimentos servidos por el cónyuge respecto a los hijos del otro en cuanto conviva con el beneficiario. 5.2. Alimentos servidos por el concubino o concubina en relación al hijo o los hijos del otro integrante de la pareja. 5.3. Obligación alimentaria entre los integrantes de la pareja. 6. Autoridad parental en la familia ensamblada. 6.1. Durante la vigencia de la familia ensamblada. 6.2. Después de la ruptura de la pareja base de la familia ensamblada. 7. Algunos aspectos relacionados con la contratación entre los integrantes de la familia ensamblada.

1.

INTRODUCCIÓN

La familia siempre ha sido vista como una institución fundamental de la sociedad, debido a que desempeña múltiples papeles de primordial importancia, tanto con relación a sus miembros, como a la sociedad en su conjunto. Y ello se debe a que, como han señalado Kaztman y Filgueira, la familia cumple un papel múltiple en la socialización de las nuevas generaciones, al proteger y apoyar a los individuos cuando aún carecen de instrumentos y recursos (materiales e inmateriales) para desenvolverse en el mundo.¹

De estudios realizados en las últimas décadas surge que se han producido cambios en los patrones de constitución, disolución y reconstitución familiar.

Si bien en nuestro país el divorcio fue recogido tempranamente en el ordenamiento jurídico, en las primeras décadas del siglo pasado los matrimonios mayoritariamente se disolvían por fallecimiento de uno de sus integrantes. Esta situación fue variando y, dentro de una tendencia de largo plazo, la disolución de los matrimonios por fallecimiento viene cediendo lugar a la expansión del divorcio o la separación de hecho, con el agregado de que estos últimos afectan a sectores de edad cada vez más jóvenes.

¹ KAZTMAN, Ruben, y FILGUEIRA, Fernando, *Panorama de la infancia y la familia en Uruguay*, Programa de Investigación de sobre Integración, Pobreza y Exclusión Social (IPES) de la Facultad de Ciencias Sociales y Comunicación, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2001.

Evidentemente no tiene las mismas consecuencias para los hijos que el matrimonio de sus padres se disuelva cuando estos últimos son jóvenes y ellos menores, a que se disuelva cuando los hijos son adultos.

Como resultado de esta menor estabilidad conyugal se pueden observar distintas formas familiares, entre las que se encuentran las denominadas *familias ensambladas*, que son objeto de este trabajo.

Si bien es evidente que, en cuanto al estado civil, en muchos casos uno o ambos integrantes de la pareja base de la familia ensamblada son divorciados, pueden ser también solteros o viudos, si por lo menos uno de ellos tiene hijos producto de relaciones precedentes.

2.

CONCEPTO

Por *familia ensamblada* entendemos la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa.²

Como se ve, no hemos limitado el origen de este tipo familiar al matrimonio, pues en muchos casos se origina en una unión concubinaria. No obstante, tal como se analizará, existen diferencias notorias en nuestro ordenamiento legal si tal estructura familiar se origina en un matrimonio o si lo hace en una unión de hecho.

Y es que, si bien se han presentado diversos proyectos de ley al respecto, a la fecha no se ha regulado en nuestro país el concubinato, por lo cual, salvo en algunos aspectos puntuales, nuestro ordenamiento jurídico no considera este instituto.

La proliferación de este tipo familiar ensamblado nos impone la conveniencia de analizar si el ordenamiento jurídico uruguayo da respuesta a las necesidades de sus integrantes o si, por el contrario, existe un vacío legal en la materia.

² GROSMAN, Cecilia P. y MARTÍNEZ ALCORTA, Irene, *Familias ensambladas*, Universidad, Buenos Aires, 2000.

Es por ello que estudiaremos distintos institutos del derecho, para ver si han contemplado esta organización familiar y con ello dan respuesta a las necesidades de sus integrantes.

3.

PARENTESCO

Entre los efectos personales que genera el matrimonio está el de crear parentesco por afinidad. Esto no ocurre con la unión concubinaria.

El parentesco por afinidad es el lazo que une a un cónyuge con los parientes consanguíneos del otro cónyuge, pero no supone parentesco entre los parientes consanguíneos de uno de los esposos con los consanguíneos del otro.

De esta forma, los hijos del primer matrimonio del marido y su segunda esposa serán parientes en línea recta por afinidad en primer grado entre sí, pero no serán parientes entre sí los hijos que los esposos tengan de relaciones anteriores.

Sin embargo, si la familia ensamblada se origina en la unión concubinaria no genera parentesco. En consecuencia, no nacerá parentesco alguno entre el hijo del progenitor y su nueva pareja.

A su vez, si la nueva pareja (de esposos o concubinos) tiene hijos propios, éstos serán hermanos de doble vínculo entre sí y de simple vínculo con los hijos que su madre o padre tuvieron con relaciones previas, fueran matrimoniales o no. Es decir que estos hermanos serán parientes consanguíneos en línea colateral en segundo grado.

De lo dicho surge que entre los integrantes de una familia ensamblada pueden existir vínculos de parentesco consanguíneo o afín, o puede sencillamente no existir parentesco.

No obstante, como señalan Grosman y Martínez Alcorta,³ la solidaridad que se configura con la nueva familia, con interacciones de afecto y asistencia recíproca, tiene algunas expresiones en el derecho actual, pero apenas se han abierto las compuertas

³ Ibídem.

legitimantes de tales vínculos por el imperio de una tradición fundada en “la voz de la sangre”. Si se quiere expresar con ello la fuerza de la naturaleza, se preguntan: ¿no son tan naturales el afecto, la emoción y los demás estados psíquicos derivados de un lazo afectivo, como el torrente sanguíneo?

4.

IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER MATRIMONIO

Diversas son las clasificaciones que se realizan de los impedimentos, pero la de mayor importancia es la que refiere a sus efectos, que proviene del derecho canónico. Según ésta, los impedimentos se distinguen en: 1.º) dirimentes y 2.º) impedientes o prohibitivos.

Los impedimentos dirimentes obstan a la celebración de un matrimonio válido y están establecidos en forma taxativa en el artículo 91 del Código Civil. Entre ellos se encuentran los establecidos por razón de parentesco, consagrados en los numerales 4 y 5 de la misma norma.

4.1. PARENTESCO EN LÍNEA RECTA POR CONSAGUINIDAD O AFINIDAD, SEA LEGÍTIMO O NATURAL

El numeral 4 del artículo 91 prevé como impedimento dirimente para contraer matrimonio el parentesco en línea recta por consaguinidad o afinidad, sea legítimo o natural. En consecuencia, en la línea recta afecta a todos los grados, a diferencia de lo que sucede en la línea colateral.

Bossert y Zannoni⁴ señalan que este impedimento aparece, con mayor o menor extensión, en todas las legislaciones y reconoce su fundamento en el denominado tabú del incesto, que constituye uno de los pilares de la familia monogámica.

⁴ BOSSERT, Gustavo, y ZANNONI, Eduardo A., *Manual de derecho de familia*, 2.ª ed. ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1989.

El punto resulta de importancia en la familia ensamblada, pues, como hemos visto, el nuevo cónyuge es pariente en línea recta por afinidad en primer grado del hijo de su pareja, por lo que se encuentra comprendido en el impedimento para contraer matrimonio previsto en el numeral 4 antes referido.

Pongamos un ejemplo a los efectos de aclarar el tema: María tiene una hija de nombre Juana, producto de su matrimonio con José; posteriormente se divorcia y contrae matrimonio con Juan. Como consecuencia del matrimonio entre María y Juan, éste y Juana son parientes en línea recta por afinidad en primer grado, por lo que, en caso de que posteriormente María se divorcie de Juan, Juana estará impedida de casarse con él.

Así lo establece a texto expreso el artículo 197 del Código Civil, que señala que, después del divorcio, la afinidad que el matrimonio había creado sólo continúa como impedimento dirimente a los efectos del artículo 91 número 4 del Código Civil, y tal como existía al pasar la sentencia en autoridad de cosa juzgada. Es evidente que, en el ejemplo visto, el impedimento para casarse entre Juan y Juana existía al pasar la sentencia de divorcio en autoridad de cosa juzgada.

De lo dicho surge que, si María tiene otra hija luego de divorciarse de Juan, no existirá impedimento para que Juan se case con ésta, cuyo nacimiento fue posterior a que la sentencia de divorcio entre Juan y María pasara en autoridad de cosa juzgada.

En cambio, si la familia ensamblada se origina en una unión concubinaria, no existe en nuestro ordenamiento jurídico el impedimento dirimente establecido en el numeral 4 del artículo 91 entre los hijos de un concubino con relación a su nueva pareja. En esto se diferencia del derecho canónico, que en el parentesco por afinidad comprendía tanto el que se originaba en la cópula lícita (matrimonio) como el que derivaba de la cópula ilícita.

En el derecho comparado encontramos legislaciones que han regulado el tema, como la brasileña. En efecto, el nuevo Código Civil de Brasil, en el artículo 1723, consagra de aplicación los impedimentos para la unión estable, entendida como la unión entre un hombre y una mujer configurada por la convivencia pública, continua y duradera establecida con el objetivo de constituir una familia.

Como ya dijimos, en Uruguay, si bien se han presentado algunos proyectos de ley, no existe en el ordenamiento jurídico una norma que contemple en forma integral la unión concubinaria.

El 8 de marzo de 2006 la senadora Margarita Percovich presentó un proyecto de ley en la materia (distribuido 706/2006), en cuyo artículo 2.º se establece:

[...] a los efectos de esta ley se considera unión concubinaria *more uxorio* a la situación de hecho derivada de la comunidad de vida de dos personas —cualquiera sea su sexo, identidad u opción sexual— que mantienen una relación afectiva de índole sexual, de carácter exclusivo, singular, estable y permanente, sin estar unidas por matrimonio entre sí y que no resulta alcanzada por los impedimentos dirimientes establecidos en los numerales 1.º, 2.º, 4.º y 5.º del artículo 91 del Código Civil.

Es decir que, de aprobarse este proyecto, el mencionado impedimento se aplicará a las uniones concubinarias, lo que consideramos muy acertado.

4.2. PARENTESCO EN LÍNEA COLATERAL POR CONSANGUINIDAD LEGÍTIMO O NATURAL

A diferencia del parentesco en línea recta, el parentesco en línea colateral constituye impedimento sólo para los consanguíneos y no para los afines.

Al respecto debemos tener presente lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 91 del Código Civil, que prevé también como impedimento dirimente el parentesco entre hermanos legítimos o naturales. La norma no distingue, por lo que están comprendidos los hermanos de simple o doble vínculo.

Por último, a diferencia de lo que se dispone para la línea recta, donde no se establecen límites, en la línea colateral o transversal el límite se sitúa en el segundo grado.

Esto no es así en todas las legislaciones; por ejemplo, el Nuevo Código Civil de Brasil (ley n.º 10.406, de 10 de enero de 2002) establece en su artículo 1521 como impedimento: “[...] los hermanos, unilaterales o bilaterales, y demás colaterales hasta el tercer grado inclusive”.

Es decir que el impedimento entre colaterales es más amplio en el derecho brasileño que en el uruguayo; por ejemplo, en la legislación brasileña hay impedimento para que un tío contraiga matrimonio con su sobrina, impedimento que no existe en nuestro derecho.

4.3. PARENTESCO ENTRE LOS HIJOS

Como vimos, ambos integrantes de la pareja pueden tener hijos comunes e hijos de anteriores relaciones, matrimoniales o extramatrimoniales.

En consecuencia, existe impedimento para contraer matrimonio entre los hijos comunes del matrimonio (hermanos consanguíneos de doble vínculo) y entre ellos y los hijos de cada uno de los integrantes de la pareja habidos en relaciones previas, sean de filiación matrimonial o extramatrimonial (hermanos consanguíneos de simple vínculo).

Ahora bien, entre los hijos que el marido tuvo con una pareja anterior y los hijos que su nueva esposa tuvo en iguales condiciones no existe impedimento para celebrar matrimonio, aun cuando en la vida cotidiana dentro de la familia ensamblada se comporten como hermanos. Y esto es así porque no existe entre ellos ninguna clase de parentesco.

En función de los fuertes vínculos fraternales que entre ellos se pueden generar en el ámbito de la familia ensamblada, dentro de la doctrina argentina se señala a Catalina Arias de Ronchietto⁵ como quien ha propuesto la creación de un impedimento matrimonial en esta situación.

Es frecuente visualizar en el seno de la familia ensamblada la existencia de vínculos fraternos con diverso grado de complejidad entre los hijos de la pareja, aun cuando algunos son hermanos de doble vínculo, otros de simple vínculo y otros ni siquiera son hermanos consanguíneos entre sí.

5.

OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

El Código de la Niñez y la Adolescencia (en adelante CNA) introdujo modificaciones de importancia en materia de obligación alimentaria, con incidencia directa para los miembros de la familia ensamblada.

En el artículo 45 del CNA se consagra el deber de asistencia familiar, que está constituido por los deberes y obligaciones a cargo de los integrantes de la familia u otros legalmente asimilados a ellos, cuya finalidad es la protección material y moral de todos los miembros.

En consecuencia, analizaremos el tema desde el punto de vista de los distintos integrantes de la familia ensamblada, teniendo presente si la familia tiene su origen en el matrimonio o en una unión concubinaria.

⁵ GROSMAÑ y MARTÍNEZ ALCORTA, op. cit.

5.1. ALIMENTOS SERVIDOS POR EL CÓNYUGE RESPECTO A LOS HIJOS DEL OTRO EN CUANTO CONVIVA CON EL BENEFICIARIO

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 51 del CNA en cuanto a los hijos menores de 21 años que cada uno de los esposos tenga de una relación anterior, sean matrimoniales o extramatrimoniales, los primeros obligados serán naturalmente sus progenitores, es decir que se privilegia el vínculo filial.

Para el caso de imposibilidad o insuficiencia del servicio pensionario por parte de los padres, éste se prestará subsidiariamente por los ascendientes más próximos, y si éstos no existieran o no tuvieran posibilidades económicas, será obligado a prestar alimentos “el cónyuge respecto a los hijos del otro en cuanto conviva con el beneficiario”.

De modo que el nuevo cónyuge deberá, en forma subsidiaria, prestar alimentos a los hijos del otro cónyuge, pero esta obligación subsistirá en cuanto conviva con el beneficiario. Por lo tanto, es requisito fundamental que el hijo de una relación anterior de su progenitor conviva con éste y su nuevo cónyuge.

En otras palabras, si el esposo tiene un hijo matrimonial o extramatrimonial que vive con su madre, no estará su actual esposa obligada a servirle alimentos a ese hijo, porque no convive con ellos. Y esto es así porque la obligación de servir alimentos está condicionada a que exista convivencia entre el acreedor y el deudor de alimentos.

La norma no distingue, por lo que la obligación de servir alimentos la tiene el cónyuge con relación a los hijos matrimoniales o extramatrimoniales de su cónyuge, siempre que conviva con ellos.

De los antecedentes parlamentarios surge que este tema fue discutido, pero finalmente se entendió que tenía más obligación en los hechos el nuevo cónyuge que convive con el hijo de su pareja que otros parientes consanguíneos del hijo, como pueden ser los tíos. Obsérvese que el legislador prefirió en este caso obligar a un pariente afín que a un consanguíneo como es el tío.

Si bien antes de la aprobación del CNA se podía observar que el nuevo esposo o esposa se hacían cargo en parte o incluso totalmente de la manutención de los hijos de su pareja en cuanto convivían todos juntos, ahora es un obligado en forma subsidiaria.

Esto incide también en cuanto a la sociedad conyugal, pues no es asunto menor determinar si la deuda que se genera por el cumplimiento de dicha obligación es personal o social.

5.2. ALIMENTOS SERVIDOS POR EL CONCUBINO O CONCUBINA EN RELACIÓN CON EL HIJO O LOS HIJOS DEL OTRO INTEGRANTE DE LA PAREJA

La asistencia familiar es, de acuerdo con el CNA, un concepto más amplio que la asistencia entre sujetos vinculados por parentesco o adopción.

Al respecto, el numeral 4.º del artículo 51 del CNA dispone que el obligado subsidiario es “el concubino o concubina, en relación al o los hijos del otro integrante de la pareja que no son fruto de esa relación, si conviven todos juntos conformando una familia de hecho”.

Evidentemente, cuando el legislador refiere a la *familia de hecho* está considerando la familia ensamblada.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 51 del CNA en cuanto a los hijos menores de 21 años que cada uno de los integrantes de la pareja tenga de una relación anterior, sean matrimoniales o extramatrimoniales, los primeros obligados serán naturalmente sus progenitores, es decir que se privilegia el vínculo filial.

En caso de imposibilidad o insuficiencia del servicio pensionario por parte de ellos, éste se prestará subsidiariamente por los ascendientes más próximos, y si éstos no existieran o no tuvieran posibilidades económicas, será obligado a prestar alimentos “el concubino o concubina en relación a los hijos del otro integrante de la pareja que no son fruto de esa relación en cuanto convivan todos juntos”.

Es decir que el concubino o concubina deberá, en forma subsidiaria, prestar alimentos a los hijos del otro integrante de la pareja. Al igual que en el caso anterior, la obligación existe en tanto perdure la convivencia.

En este caso el legislador prefirió obligar en forma subsidiaria a un sujeto que ni siquiera es pariente —pues el concubinato no crea parentesco—, por encima de otros parientes consanguíneos (nótese que en el orden jerárquico de deudores está antes que los propios hermanos), y esto por razones de proximidad entre acreedor y deudor, que conviven conformando una familia de hecho.

5.3. OBLIGACIÓN ALIMENTARÍA ENTRE LOS INTEGRANTES DE LA PAREJA

En cuanto a esta obligación, la respuesta de nuestro ordenamiento jurídico es distinta si se trata de un matrimonio o de una unión concubinaria.

En el caso del matrimonio, la obligación alimentaria se encuentra legislada en forma expresa en el artículo 127 del Código Civil, que impone el deber de auxilios recíprocos entre los esposos.

Es tan fuerte el vínculo jurídico que crea el matrimonio en nuestro ordenamiento, que una vez disuelto por divorcio se dispone en el artículo 183 del Código Civil que los ex cónyuges pueden reclamarse alimentos entre sí.

En el caso de la unión concubinaria no existe en nuestro ordenamiento jurídico ninguna norma que contemple en forma expresa la obligación de prestarse alimentos entre los concubinos.

No obstante, y siguiendo la posición que originariamente planteó en nuestra doctrina Mabel Rivero de Arhancet, entendemos que una vez rota la relación concubinaria (nos referimos al concubinato *more uxorio*) y encontrándose uno de los concubinos en situación de indigencia podría reclamar alimentos en sede judicial contra el ex concubino.

En efecto, consideramos que el artículo 40 de la Constitución de la República es uno de los argumentos de peso a favor de la posición afirmativa. Nuestra opinión la hemos expuesto en forma detallada en la obra *Familia y derecho*.⁶

Es evidente que, tratándose la protección de la familia legítima y natural de un principio general de derecho consagrado en la Constitución de la República, es posible aplicar a la familia natural los fundamentos que en protección de la familia legítima se han utilizado durante años con relación a los alimentos, como son el derecho a la vida y el principio de solidaridad entre los integrantes de la familia.

El Código de la Niñez y de la Adolescencia inicia el tratamiento de los alimentos con el concepto de asistencia familiar. En efecto, el artículo 45 del CNA establece “El deber de asistencia familiar está constituido por los deberes y obligaciones a cargo de los integrantes de la familia u otros legalmente asimilados a ellos, cuya finalidad es la protección material y moral de los miembros de la misma. Bajo la denominación de alimentos, se alude en este Código a la asistencia material”.

A nuestro juicio el punto es de importancia, pues amplía y profundiza uno de los clásicos fundamentos de la obligación de alimentos, como lo es la solidaridad.

Es decir que el concepto de asistencia familiar es más amplio que la asistencia entre sujetos vinculados por lazo de parentesco o adopción.

Pero, además, el CNA refiere a un concepto complementario en su artículo 51, cuando menciona “conformando una familia de hecho”.

⁶ RIVERO DE ARHANCET, Mabel; RAMOS CABANELLAS, Beatriz, y MORALES FIGUEREDO, Verónica, *Familia y derecho*, FCU, Montevideo, 2004.

En esta línea, ¿alguien puede dudar de que los integrantes de la pareja concubinaria son base e integran la familia natural, y por ende entre ellos existe el deber de asistencia familiar con todo lo que ello implica?

La jurisprudencia se había pronunciado, salvo alguna posición en discordia, en contra de admitir la reclamación en examen. No obstante, el Tribunal de Familia de 2.º Turno, en sentencia n.º 313 de fecha 22//12/04,⁷ se pronunció favorablemente ante una reclamación de alimentos en tal sentido.

Como ya señalamos, la senadora Margarita Percovich acaba de presentar un proyecto de Ley sobre Unión Concubinaria, en cuyo artículo 3 se establece la obligación de alimentos entre los concubinos y que ésta persiste una vez disuelta la unión, en caso de resultar necesario para la subsistencia de alguno de ellos, durante un período subsiguiente e igual al de la duración de la convivencia.

6.

AUTORIDAD PARENTAL EN LA FAMILIA ENSAMBLADA

Los progenitores en cuanto tales, y no solamente por el ejercicio de la patria potestad, tienen el deber de cuidar y atender a sus hijos a los efectos de que éstos logren la plenitud integral de su personalidad o, como dice la Constitución de la República, obtengan la plena capacidad corporal, intelectual y social (artículo 41).

En este contexto, el CNA impone a los hijos, en el artículo 17 literal A, el deber de respetar y obedecer a sus padres, siempre que las órdenes de éstos no lesionen sus derechos o contravengan las leyes.

Por su parte, el artículo 16 literal F alude a que los padres deben corregir adecuadamente a sus hijos.

La autoridad de los padres, que es naturalmente aceptada en la familia tradicional, puede presentar interrogantes en la familia ensamblada. Y es que la nueva pareja del progenitor convive con los hijos de éste, pero no tiene generalmente un lugar claramente

⁷ *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXXV.

definido dentro de la estructura familiar, ni normas como las antes citadas que lo respalden.

Téngase presente que muchas veces la nueva pareja del padre o la madre debe llevar adelante esta convivencia con los hijos de su pareja cuando existen importantes desacuerdos entre los propios progenitores en cuanto a la forma de educar a los menores.

¿Cuántas veces observamos a nuestro alrededor familias ensambladas donde, por ejemplo, el nuevo marido o concubino de la madre convive con los hijos de ella, a quienes su padre biológico consiente caprichos en esporádicas visitas y luego ni siquiera cumple regularmente con sus obligaciones alimentarias?

De esta forma, como ya vimos, el nuevo marido o compañero de la madre tiene obligaciones (por ejemplo, de alimentos), pero es válido preguntarse cuáles son sus atribuciones en la convivencia diaria dentro del núcleo familiar. Y esto en atención no sólo a su persona, sino también al propio interés de los menores.

Obsérvese que el vínculo creado puede ofrecer condiciones de estabilidad para la crianza del niño, y cuando el hogar es armónico le otorga un entorno de protección y afecto sumamente beneficioso para todos.

Muchas veces se establecen fuertes vínculos entre los miembros de una familia ensamblada. En ocasiones la nueva pareja del progenitor se constituye en una fuerte referencia para el menor y es del caso preguntarse qué derechos (por ejemplo, de visitas) y obligaciones (por ejemplo, de alimentos) tiene en caso de ruptura de la nueva unión por fallecimiento, divorcio o separación.

Importa determinar los derechos y obligaciones en la materia, durante la vigencia de la familia ensamblada y luego de su ruptura por fallecimiento o divorcio o separación de los integrantes de la pareja, para propender a llevar una vida en armonía que sin duda influye en la sociedad.

6.1. DURANTE LA VIGENCIA DE LA FAMILIA ENSAMBLADA

Evidentemente la situación difiere si ambos progenitores tienen determinados claramente los derechos y obligaciones y las cumplen cabalmente o si no lo hacen.

Cuando, por ejemplo, un matrimonio se divorcia entre sí, pero no lo hace con relación a sus hijos y cada uno cumple su rol en forma seria, los hijos se sienten más seguros y el progenitor que convive con ellos siente que cumple su rol en la medida de sus responsabilidades, lo que genera un equilibrio deseable dentro de una situación dada.

Esto cambia si alguno de los progenitores cumple en forma parcial o directamente no cumple con sus obligaciones, recargando injustamente al otro. Es en este último caso que el rol de la nueva pareja de la madre o padre puede adquirir otra dimensión.

Y es que la tarea de la nueva pareja del progenitor que convive con los hijos probablemente será más activa cuando se trata de niños pequeños cuyo progenitor no conviviente se ha desinteresado de su suerte.⁸

Resulta claro que el grado de autoridad que puede tener la nueva pareja del progenitor con relación a los hijos del otro dependerá del acuerdo de éste último, la edad de los hijos y otros factores tales como el nivel cultural y económico.

Como hemos analizado, la nueva pareja, sea esposo o concubino, tiene con los hijos del progenitor conviviente la obligación subsidiaria de alimentos (artículo 51 numerales 3 y 4 del CNA).

El concepto de alimentos es amplio comprende no solo la comida, sino la educación, la cultura, la salud etc. Por ello entendemos que en ese caso puede ser mayor la influencia en la socialización de los hijos del otro.

Es evidente que, si debe contribuir para hacer frente a esas obligaciones, su opinión será tomada en cuenta a la hora de decidir sobre estos aspectos tan importantes para la vida de una persona.

Ahora bien, debemos tener claro que la patria potestad la ejercen los padres y son ellos quienes dirigen la educación de sus hijos. Al respecto corresponde tener presente el artículo 16 del CNA, que establece que los padres deben velar por la educación de sus hijos.

Por otra parte, como bien señalan Grosman y Martínez Alcorta, la convivencia reclama una organización familiar naturalmente ligada a la imposición de un cierto orden de hábitos y actividades que posibiliten la vida en común.

De esta forma, hay horarios de comida, lugares asignados para tal finalidad, horas de descanso, responsabilidades hogareñas; es decir, una disciplina hogareña.

Para ello es necesario asignar a los adultos que gobiernan el hogar la autoridad necesaria para el cumplimiento de estas funciones. Estas cuestiones atañen a la dinámica familiar y no están reguladas por el derecho de familia.

⁸ LERIDON, Henri, "Nommer, compter et observer les familles recomposées: problèmes et résultats", en MEULDEURS-KLEIN y THERY (dirs.), *Quels repères pour les familles recomposées?*, LGDJ, Droit et Société, Paris, 1995.

Hay otros aspectos que sí están regulados por el derecho de familia, que pone en la órbita de los padres la toma de diferentes decisiones que hacen a la formación y educación de los hijos menores.

Por lo tanto, como ya expresamos, la tarea de la nueva pareja del progenitor que convive con los hijos dependerá de cada situación particular, y será más activa cuando se trata de niños pequeños y cuyo progenitor no conviviente se haya desinteresado de su suerte.

Esto puede llegar al grado de que el padre o la madre no conviviente pierda la patria potestad, en cuyo caso nuestro legislador hace ya más de 15 años estableció, por la ley n.º 16.108, la posibilidad de que el otro padre y su nuevo cónyuge pudieran legitimar adoptivamente al menor, con todos los derechos y obligaciones que ello implica. La ley 16.108 ha sido objeto de diversas críticas por parte de la doctrina.⁹

En la exposición de motivos de dicha norma decía el senador Dardo Ortiz que ésta contemplaba situaciones como la siguiente: “[...] el padre (o la madre excepcionalmente) se iba del país o desaparecía del hogar, abandonándolo, sin saberse su paradero. Dejaba de prestar todo tipo de asistencia a su hijo legítimo. Transcurridos los términos legales, la madre obtenía por sentencia judicial la pérdida de la patria potestad que ejercía el padre. Luego se divorciaba y contraía segundas nupcias. A ese nuevo hogar la madre llevaba su hijo, quien pasaba a ser, en cuidados y afectos, un hijo querido y tratado ‘como legítimo’ por ambos cónyuges, siéndolo jurídicamente de uno sólo”. Y finalizaba transcribiendo palabras del Dr. Echegoyen: “Si aquel nexo natural que es fruto de la procreación, lejos de servir para tutelar al descendiente, dificulta su suerte y puede aun convertirse en perjuicio principal para su destino, la ley debe, racionalmente, ofrecer fórmulas que permitan que el altruismo y el afecto compensen tales deficiencias”.

Entendemos que estas palabras son plenamente aplicables al tema que estamos tratando. Es decir, en caso de que el progenitor no conviviente cumpla sus obligaciones, será naturalmente él quien ejerza la autoridad parental, sin perjuicio de la lógica disciplina hogareña que imponga la nueva pareja del progenitor conviviente, conjuntamente con éste, por necesidad de la convivencia.

⁹ AREZO PÍRIZ, Enrique; VARELA DE MOTTA, María I.; MERCANT, Manuel; ORDOQUI, Gustavo, y TOME, Miguel, *Reformas al Código Civil*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991.

Para el caso de que el desinterés del progenitor no conviviente sea absoluto, la legislación otorga al progenitor conviviente y a su nueva pareja la posibilidad de que, previa pérdida de la patria potestad, procedan a legitimar adoptivamente al hijo.

Entre ambos extremos existen grados intermedios que será necesario considerar en cada caso concreto.

No debemos olvidar que el artículo 36 del CNA dispone la tenencia del niño o adolescente por terceros: “Cualquier interesado puede solicitar la tenencia de un niño o adolescente siempre que ello tenga como finalidad el interés superior de éste. El Juez competente, bajo la más seria responsabilidad funcional, deberá evaluar el entorno familiar ofrecido por el interesado”.

A su vez, el numeral 3 del artículo citado dispone que quien ejerza la tenencia del menor está obligado a brindarle la protección y los cuidados necesarios para su desarrollo integral.

Siguiendo a Rivero de Arhancet, entendemos que de ello se puede inferir entonces que son también *responsables* (referidos en el artículo 16 del CNA) quienes legalmente ejercen la tenencia de los niños y adolescentes.

Por ello debemos considerar que, si a la nueva pareja del progenitor conviviente se le ha otorgado judicialmente la tenencia del niño o adolescente, podrá ser considerado responsable de ellos en los términos del artículo 16 del CNA, teniendo los deberes que la norma establece, así como los derechos que le permitan cumplir con tales deberes teniendo en cuenta el caso concreto.

6.2. DESPUÉS DE LA RUPTURA DE LA PAREJA BASE DE LA FAMILIA ENSAMBLADA

Como producto de la convivencia se pueden entablar vínculos muy fuertes entre el nuevo cónyuge o concubino del progenitor conviviente y los hijos de éste. La ruptura de la pareja trae como consecuencia la falta de convivencia y puede generar la necesidad de encuentros entre la ex pareja del progenitor y los hijos de éste, lo que puede ser altamente beneficioso para ambas partes.

A nuestro juicio, el CNA en el artículo 38 habilita a la ex pareja del progenitor a solicitar la fijación de visitas, y esto en la medida en que el juez competente, basado en el interés superior del niño o adolescente, puede incluir a “[...] otras personas con las que aquél haya mantenido vínculos afectivos estables”.

En cuanto a la obligación de alimentos del esposo o concubino del progenitor, recordemos que es subsidiaria y tiene vigencia en tanto exista convivencia, por lo que si ésta cesó ya no será obligado a servir alimentos.

7.

ALGUNOS ASPECTOS RELACIONADOS CON LA CONTRATACIÓN ENTRE LOS INTEGRANTES DE LA FAMILIA ENSAMBLADA

Entre los hijos comunes de la nueva pareja y de éstos con los hijos de cada uno de ellos no existen impedimentos para realizar negocios jurídicos.

Ahora bien, otra puede ser la situación de la nueva pareja distinguiendo si se trata de un matrimonio o de un concubinato.

Si la nueva pareja conforma un concubinato, no existe regulación en cuanto al punto, por lo que entre sus integrantes se pueden realizar negocios jurídicos de toda clase.

Al respecto, el nuevo proyecto de Ley de Unión Concubinaria presentado por la senadora Percovich, al cual hemos referido en este trabajo, establece en el artículo 8 que entre los concubinos regirán las mismas prohibiciones contractuales previstas en la ley respecto de los cónyuges.

Analizar la prohibición de otorgar algunos negocios jurídicos entre cónyuges excede ampliamente el objeto de este trabajo. No obstante, es nuestro interés detenernos en una norma en particular, que es el artículo 1660 del Código Civil.

El artículo 1657 del Código Civil declara nula toda donación de un cónyuge a otro durante el matrimonio. Si bien la norma no aclara a qué nulidad refiere —esto es, no dice si es relativa o absoluta—, de acuerdo con Gamarra¹⁰ hay que concluir que estamos ante una nulidad absoluta.

Se exceptúan las donaciones que los casados “acostumbran a hacerse en ocasiones de regocijo para la familia”, siempre que sean módicas.

¹⁰ GAMARRA, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, t. VI, 3.^a ed. actualizada, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004.

También ha previsto el legislador que puede recurrirse a la interposición de personas con el fin de burlar la prohibición, usando un intermediario que recibiría los bienes del donante para transmitirlos al donatario.

Es con la finalidad de facilitar la prueba que el artículo 1660 crea una “presunción absoluta de interposición” cuando la donación se hace a los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio o a las personas de quienes éste sea heredero presuntivo al tiempo de la donación. Evidentemente, con relación a este punto cobran importancia las donaciones indirectas que sirven para burlar la norma del artículo 1657 con mayor facilidad que con este negocio.

En conclusión, si bien será necesario regular algunos aspectos y reformar otros, entendemos que existen diversos instrumentos que nuestro legislador previó para este tipo de estructura familiar, alguno de los cuales, como vimos, son de larga data.

BIBLIOGRAFÍA

- AREZO PÍRIZ, Enrique; VARELA DE MOTTA, María I.; MERCANT, Manuel; ORDOQUI, Gustavo, y TOME, Miguel, *Reformas al Código Civil*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991.
- BOSSERT, Gustavo, y ZANNONI, Eduardo A., *Manual de derecho de familia*, 2.^a ed. ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1989.
- GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. VI, 3.^a ed. actualizada, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004.
- GROSMAN, Cecilia P., y MARTÍNEZ ALCORTA, Irene, *Familias ensambladas*, ed. Universidad, Buenos Aires, 2000.
- KAZTMAN, Ruben, y FILGUEIRA, Fernando, *Panorama de la infancia y la familia en Uruguay*, Programa de Investigación de sobre Integración, Pobreza y Exclusión Social (IPES) de la Facultad de Ciencias Sociales y Comunicación; Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2001.
- LERIDON, Henri, “Nommer, compter et observer les familles recomposées: problèmes et résultats”, en MEULDEURS, KLEIN y THERY (dirs.): *Quels repères pour les familles recomposées?*, LGDJ- Droit et Société, París, 1995.
- RIVERO DE ARHANCET, Mabel; RAMOS CABANELLAS, Beatriz, y MORALES FIGUEREDO, Verónica, *Familia y derecho*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004.